CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 12 septembre 2006 [1]

I — Introduction

1. Les connaissances sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde [2].

2. La Cour d'arbitrage de Belgique (juridiction chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois) demande à la Cour, conformément à l'article 35 UE [3], de se prononcer sur la validité de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres [4].

3. Elle conçoit des doutes concernant la compatibilité de cette décision avec le traité sur l'Union européenne à deux égards, l'un formel et l'autre matériel. En ce qui concerne le premier aspect, qui a pour toile de fond l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE, elle s'interroge sur la base juridique dont le Conseil de l'Union européenne s'est autorisé et se demande s'il a choisi l'instrument idoine.

4. Cette interrogation oblige la Cour à examiner le système des sources du troisième pilier de l'Union et à analyser la nature des décisions-cadres, imitations des directives du pilier communautaire. L'arrêt Pupino [5] est un point de départ adéquat pour cette recherche.

5. En ce qui concerne le second aspect, l'aspect matériel, la juridiction de renvoi met en cause une des nouveautés, peut-être la plus importante, de cette méthode de coopération entre les États membres en matière de détention et de remise des personnes, à savoir l'interdiction, dans certaines hypothèses, de subordonner l'exécution du mandat d'arrêt européen à la

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre douzième, chapitre II, édition Gallimard, La Pléiade, Œuvres complètes, Paris, 1951, tome II, p. 432.

3 — Le Royaume de Belgique a accepté cette compétence préjudicielle de la Cour et accordé à toutes ses juridictions le pouvoir d'adresser des questions à celle-ci (JO 1999, C 120, p. 24).

4 — JO L 190, p. 1, ci-après la «décision-cadre».

5 — Arrêt du 16 juin 2005 (C-105/03, Rec. p. I-5285).

condition que les faits sur la base desquels il a été délivré constituent un délit dans l'État d'exécution également. La Cour d'arbitrage aimerait savoir si une telle innovation s'accorde au principe d'égalité et au principe de légalité en matière pénale, et si elle respecte donc l'article 6, paragraphe 2, UE.

6. Pour résoudre ce problème, il faut s'interroger sans hésiter sur le rôle que les droits fondamentaux jouent dans un secteur aussi sensible que la coopération policière et judiciaire en matière criminelle depuis la proclamation de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [6].

7. Le défi n'est pas sans importance, car, dans certains États membres, les lois transposant la décision-cadre ont été annulées parce qu'elles violaient certaines garanties citoyennes. En Pologne, le Trybunal Konstytucyjny (tribunal constitutionnel), qui a pour compétence d'examiner les lois à la lumière de la norme suprême, a déclaré, dans l'arrêt qu'il a rendu le 27 avril 2005 [7], que l'article 607t, paragraphe 1, du code de procédure pénale est incompatible avec l'article 55, paragraphe 1, de la Constitution [8] parce qu'il permet de remettre un citoyen national entre les mains des autorités d'un autre État membre sur la base du mandat d'arrêt européen. À peine trois mois plus tard, et pour des raisons similaires [9], le Bundesverfassungsgericht (cour constitutionnelle fédérale) s'est exprimé en des termes semblables [10] à propos de la loi d'exécution de la décision-cadre [11]. L'Anato Dikastiriotis Kypriakis Dimokratios (cour suprême de Chypre) a suivi une voie identique [12] parce que l'article 11 de la Constitution ne prévoit pas qu'une mesure de détention puisse être prise en exécution d'un mandat d'arrêt européen. Au contraire, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 3 mai 2006 [13], l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle tchèque) a rejeté le recours en inconstitutionnalité qu'un groupe de sénateurs et de députés avait engagé contre la loi de mise en œuvre de la décision-cadre, loi à laquelle ils faisaient grief de violer la Constitution en ce qu'elle permettait la remise de nationaux et

6 — JO 2000, C 364, p. 1.

7 — P 1/05. On consultera utilement, à propos de cet arrêt, Komárek, J., «Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación — Un análisis de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional polaco —», dans *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 16, 2005, p. 627 à 657.

8 — Cet article dispose que: «Les citoyens polonais ne pourront être extradés».

9 — L'article 16, paragraphe 2, de la loi fondamentale (Grundgesetz für die Bundesrepublik) interdisait qu'un citoyen allemand puisse être livré à l'étranger. Cette disposition a été modifiée le 29 décembre 2000 afin de restreindre le droit de ne pas être extradé dans certains cas déterminés par la loi.

10 — Arrêt du 18 juillet 2005 (2 BvR 2236/04), dans lequel le Bundesverfassungsgericht a constaté la violation du contenu essentiel du droit fondamental consacré par l'article 16, paragraphe 2, de la loi fondamentale de Bonn.

11 — Europäisches Haftbefehlgesetz — EuHbG. S'autorisant de l'article 190 de la Constitution, le Trybunal Konstytucyjny a différé de dix-huit mois la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, parce que «le mandat d'arrêt européen revêt une importance cruciale pour le fonctionnement de l'administration de la justice, principalement en ce qui concerne l'amélioration de la sécurité, en ce qu'il est une forme de coopération entre les États membres dans la lutte contre le crime». En revanche, l'arrêt du Bundesverfassungsgericht a eu des effets immédiats; c'est ainsi que la chambre pénale de l'Audiencia Nacional, qui est la juridiction espagnole compétente en la matière [article 6, paragraphe 3, de la décision-cadre, lu en combinaison avec la loi organique espagnole nº 2/2003, du 14 mars, complémentaire de la loi sur le mandat européen d'arrêt et de remise — *Boletín Oficial del Estado* (BOE) nº 65, du 17 mars 2003, p. 10244] considère comme étant nulles les procédures de remise engagées sur la base de mandats émis par la République fédérale d'Allemagne et les transforme en procédures d'extradition (décision du 20 septembre 2005). Une décision similaire est esquissée dans l'arrêt que l'Areios Pagos (Cour de cassation grecque) a rendu le 20 décembre 2005 (affaire 2483/2005).

12 — Arrêt du 7 novembre 2005 (affaire 294/2005).

13 — Affaire 66/04.

la suppression du contrôle inhérent au critère de la double incrimination.

8. Il s'agit donc d'un débat de grande envergure sur les éventuelles collisions entre les Constitutions et le droit de l'Union, débat auquel la Cour doit participer en jouant le rôle qui est le sien afin de situer l'interprétation des valeurs et des principes qui configurent son ordre juridique dans des paramètres comparables à ceux qui président aux structures nationales [14].

II — Le cadre juridique

A — *Le traité sur l'Union européenne*

9. L'Union, qui marque une nouvelle étape dans le processus d'intégration destiné à resserrer les liens entre les peuples d'Europe, plonge ses racines dans les Communautés, qu'il dote des politiques et des formes de coopération instaurées par le traité lui-même (article 1er UE). Elle est cimentée par des valeurs communes aux Européens, telles que la liberté, la démocratie, l'état de droit ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 6, paragraphe 1, UE).

10. Précisément, ces droits, reconnus par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (ci-après la «convention de Rome»), ont, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, été érigés en principes généraux de l'ordre juridique communautaire, dont la protection incombe à la Cour dans le domaine des traités instituant les Communautés européennes et du traité sur l'Union [article 6, paragraphe 2, UE, lu en combinaison avec l'article 46, sous d), UE].

11. L'Union se donne notamment pour objectif de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes par l'adoption de mesures appropriées en matière de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène (article 2, paragraphe 1, quatrième tiret, UE) dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le troisième pilier, qui concerne la coopération policière et judiciaire en matière pénale (titre VI UE).

12. Ce troisième pilier vise à fournir aux citoyens un haut niveau de sécurité par l'élaboration de politiques de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène par une meilleure coopération entre les autorités judiciaires et le rapprochement, si nécessaire, des règles pénales nationales (articles 31 UE et 32 UE).

14 — Alonso García, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, éd. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 41, se fait l'écho de cette nécessité.

13. L'action dans le secteur judiciaire vise, par exemple, a) à intensifier l'assistance mutuelle dans le traitement des affaires et dans l'exécution des décisions, b) à faciliter l'extradition, c) à assurer la compatibilité des règles applicables dans les États membres, d) à prévenir les conflits de compétence et e) à instaurer progressivement des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue (article 31, paragraphe 1, UE).

14. À cette fin, le Conseil peut arrêter à l'unanimité [article 34, paragraphe 2, sous a), b) et c), UE]:

1) des positions communes définissant l'approche de l'Union sur une question déterminée;

2) des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres, décisions-cadres qui lient les États membres quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, et qui ne peuvent entraîner d'effet direct;

3) des décisions à toute autre fin conforme aux objectifs du troisième pilier, décisions obligatoires et ne pouvant entraîner d'effet direct.

15. Le Conseil peut également établir des conventions dont il recommande l'adoption par les États membres, conventions qui entreront en vigueur lorsqu'elles auront été adoptées par la moitié au moins des États membres [article 34, paragraphe 2, sous d), UE].

B — *La décision-cadre 2002/584*

16. Cette décision, qui a été adoptée sur le fondement de l'article 31, paragraphe 1, sous a) et b), UE et de l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE, répond au désir de supprimer la procédure formelle d'extradition dans l'Union [15] et de lui substituer un système simplifié de remise entre autorités judiciaires des personnes condamnées ou soupçonnées aux fins d'exécution des jugements ou de poursuites (premier et cinquième considérants). C'est dans le droit fil de ce propos qu'elle remplace, dans les relations entre les États membres, les ins-

15 — Comme le Conseil européen qui s'est tenu à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 l'avait recommandé (point 35 des conclusions de la présidence).

truments internationaux (article 31, paragraphe 1) [16], antérieurs ou postérieurs, qui demeurent néanmoins applicables dans la mesure où ils permettent d'approfondir ou d'élargir les objectifs de la décision-cadre et contribuent à simplifier ou à faciliter davantage les procédures de remise des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen (article 31, paragraphe 2).

17. La décision-cadre abandonne donc le régime d'assistance entre États pour lui substituer un régime de libre circulation des décisions judiciaires, qui repose sur la confiance réciproque et la reconnaissance mutuelle (cinquième, sixième et dixième considérants; article 1er, paragraphe 2).

18. Le Conseil de l'Union a adopté la décision-cadre en s'autorisant des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans le souci de respecter les droits fondamentaux et l'article 6 UE (septième et douzième considérants; article 1er, paragraphe 3) à telle enseigne que toute demande de remise d'un individu doit être rejetée [17] lorsque des raisons objectives permettent de supposer que le mandat d'arrêt a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité ou de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle ou lorsqu'il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Qui plus est, la décision-cadre incite les États membres à appliquer leurs règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable [18], à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression (douzième et treizième considérants). Le Conseil a pris l'engagement que les données à caractère personnel traitées dans le cadre de la mise en œuvre de la décision-cadre seraient protégées (quatorzième considérant).

16 — Il s'agit des instruments suivants: a) la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, son protocole additionnel du 15 octobre 1975, son deuxième protocole additionnel du 17 mars 1978 et la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 pour autant qu'elle concerne l'extradition; b) le titre III, chapitre 4, de la convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes; c) l'accord du 26 mai 1989 entre les douze États membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition; d) la convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne; e) la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne. Ces deux dernières conventions ont été conclues sur le pied de l'article K.3, paragraphe 2, sous c), du traité sur l'Union européenne, ancêtre immédiat de l'article 34, paragraphe 2, sous d), UE.

17 — La version espagnole dispose que «Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas [...]», mais d'autres versions linguistiques indiquent que la volonté du législateur allait précisément dans le sens inverse, comme le montrent, notamment, les versions française («Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire sur la base d'éléments objectifs [...]»), anglaise («Nothing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when there are reasons to believe, on the basis of objective elements [...]»), allemande («Keine Bestimmung des vorliegenden Rahmenbeschlusses darf in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie es untersagt, die Übergabe einer Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl besteht, abzulehnen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen [...]») ou néerlandaise («Niets in dit kaderbesluit staat eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd van een persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd, indien er objectieve redenen bestaan om aan te nemen [...]»).

18 — Voir point 24 des présentes conclusions.

19. Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté (article 1er, paragraphe 1).

20. De nature strictement judiciaire, il est un instrument de coopération entre juridictions (articles 1er et 3 à 6), sans préjudice de l'appui, purement pratique et administratif, que le pouvoir exécutif peut être amené à fournir (neuvième considérant et article 7).

21. Un mandat d'arrêt européen peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois (article 2, paragraphe 1). L'État membre requis peut subordonner la remise à la condition que les faits pour lesquels le mandat a été émis constituent une infraction au regard de son droit également (article 2, paragraphe 4).

22. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, cette règle, dite de la «double incrimination», ne s'applique pas dans le cas de 32 types de comportement lorsque ceux-ci sont punis dans l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans. Il s'agit des agissements suivants:

— participation à une organisation criminelle,

— terrorisme,

— traite des êtres humains,

— exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie,

— trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes,

— trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs,

— corruption,

— fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Comunautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes,

— blanchiment du produit du crime,

— faux monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro,

— cybercriminalité,

— crimes contre l'environnement, y compris le trafic illicite d'espèces animales menacées et le trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées,

— aide à l'entrée et au séjour irréguliers,

— homicide volontaire, coups et blessures graves,

— trafic illicite d'organes et de tissus humains,

— enlèvement, séquestration et prise d'otage,

— racisme et xénophobie,

— vols organisés ou avec arme,

— trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et œuvres d'art,

— escroquerie,

— racket et extorsion de fonds,

— contrefaçon et piratage de produits,

— falsification de documents administratifs et trafic de faux,

— falsification de moyens de paiement,

— trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance,

— trafic illicite de matières nucléaires et radioactives,

— trafic de véhicules volés,

— viol,

— incendie volontaire,

— crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale,

— détournement d'avion/de navire,

— sabotage.

23. L'article 3 énonce trois motifs de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt et l'article 4 en énumère sept autres qui sont facultatifs. Font partie de ce groupe les cas dans lesquels l'État requis, dont le condamné possède la nationalité ou dans lequel il réside, s'engage à faire exécuter la peine ou la mesure de sécurité conformément aux règles de son droit interne (article 4, point 6). Dans le même ordre d'idées, l'article 5, point 3, permet en pareille hypothèse que, lorsque le mandat a pour objet de permettre l'engagement d'une action pénale, la remise soit subordonnée à la condition qu'après avoir été entendue, la personne soit renvoyée dans son État membre pour y purger la peine qui pourrait être prononcée à son encontre.

24. Au cours de la procédure, qui est menée en urgence et est assortie de délais de forclusion (articles 17 et 23), l'intéressé a le droit d'être entendu (articles 14 et 19), d'être assisté par un conseil et par un interprète (article 11, paragraphe 2) et de bénéficier des garanties propres à la condition de détenu. Le cas échéant, il a le droit d'être remis en liberté provisoire conformément au droit interne de l'État membre d'exécution (article 12).

25. Le mandat contient les mentions nécessaires à son exécution, en particulier celles qui ont trait à l'identité de la personne recherchée, à la nature et à la qualification légale de l'infraction (article 8, paragraphe 1). Toutes les difficultés pouvant se présenter en cours de procédure sont réglées au moyen de contacts directs entre les autorités judiciaires

concernées ou, le cas échéant, de l'intervention des autorités centrales des États membres (article 10, paragraphe 5).

26. Le délai de mise en œuvre de la décision-cadre a expiré le 31 décembre 2003 (article 34, paragraphe 1).

III — Le litige au principal et les questions préjudicielles

27. Advocaten voor de Wereld VZW (ci-après «Advocaten voor de Wereld»), association sans but lucratif, a engagé, devant la Cour d'arbitrage belge, un recours dirigé contre la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen [19], qui transpose la décision-cadre en droit belge, au motif qu'elle serait incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution belge, lus en combinaison avec les articles 36, 167, paragraphe 2, et 168. Cette association prétend que le mandat d'arrêt européen aurait dû être réglé par une convention internationale et que l'article 5, paragraphe 5, de la loi, transposition de l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre en droit national, enfreint le principe d'égalité ainsi que l'exigence de *lex certa* en matière pénale.

19 — *Moniteur belge* du 22 décembre 2003, deuxième édition, p. 60075.

28. Compte tenu des termes dans lesquels se déroule le litige, la juridiction constitutionnelle a sursis à statuer et elle a décidé [20] d'adresser les questions suivantes à la Cour:

«1) La décision-cadre [...] 2002/584 [...] est-elle compatible avec l'article 34, paragraphe 2, point b), du traité sur l'Union européenne, selon lequel les décisions-cadres ne peuvent être arrêtées qu'aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres?

2) L'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre [...] 2002/584 [...], en tant qu'il supprime le contrôle de l'exigence de la double incrimination pour les infractions qui y sont mentionnées, est-il compatible avec l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe de légalité en matière pénale et avec le principe d'égalité et de non-discrimination garantis par cette disposition?»

20 — Je nourris l'espoir que son exemple soit suivi et que d'autres juridictions constitutionnelles, aucunement enclines à assumer leur tâche de juges communautaires, engagent avec la Cour un dialogue indispensable à la construction d'une Europe unie. Dans «Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional español como juez comunitario», intervention au cours de la table ronde «Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario» qui s'est tenue durant le colloque organisé à Murcie en novembre 2005 par le Consejo General del Poder Judicial espagnol (conseil général du pouvoir judiciaire) sous le titre *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, j'ai critiqué les réserves du Tribunal Constitucional, qui se situe en marge du débat communautaire.

IV — La procédure devant la Cour

29. La demande préjudicielle de la Cour d'arbitrage a été inscrite au registre de la Cour le 2 août 2005. Ont présenté des observations écrites Advocaten voor de Wereld, la Commission des Communautés européennes, le Conseil ainsi que les gouvernements belge, tchèque, espagnol, français, letton, lituanien, néerlandais, polonais, finlandais et du Royaume-Uni. Ont comparu à l'audience du 11 juillet 2006 afin d'y être entendus en leurs observations orales les représentants d'Advocaten voor de Wereld, les agents des gouvernements belge, tchèque, espagnol, français, néerlandais et du Royaume-Uni, ainsi que les agents du Conseil et de la Commission.

V — Analyse des questions préjudicielles

A — *La base juridique (première question)*

30. Nul ne conteste que la décision-cadre traite d'un aspect du troisième pilier de l'Union européenne ni, par conséquent, que le Conseil est compétent à en énoncer les règles [21]. La polémique porte sur la source de droit utilisée, des doutes ayant été émis au cours de la procédure au principal quant au point de savoir si une décision-cadre est l'instrument adéquat. Ces doutes sont fondés sur deux raisons: d'une part, il ne s'agit pas de rapprocher des législations nationales préexistantes dès lors que le mandat d'arrêt européen est un moyen nouvellement créé et, d'autre part, il ne peut être dérogé aux conventions internationales antérieures sur l'extradition au moyen d'une décision-cadre.

31. Le débat étant cerné en ces termes, il convient tout d'abord d'extraire la substantifique moëlle du mandat d'arrêt européen afin d'en étudier la nature et de vérifier si les règles d'harmonisation qui caractérisent une décision-cadre sont susceptibles de s'y appliquer. En cas de réponse affirmative, il faudra rechercher si ce sujet était interdit à cette catégorie d'acte, en vertu du principe de l'acte contraire, en raison du fait qu'il avait déjà été abordé dans des actes internationaux au cours du passé.

21 — Le mandat d'arrêt européen répond à la préoccupation qui transparaît aux articles 2, paragraphe 1, quatrième tiret, UE, 29, deuxième alinéa, deuxième tiret, UE, et 31, paragraphe 1, sous a) et b), UE. Il se caractérise par le fait que les juges d'un État membre confèrent validité aux mandats émis par ceux d'autres États membres, contribuant ainsi à approfondir et à concrétiser la coopération judiciaire [article 31, paragraphe 1, sous a), UE]. S'il est considéré comme une modalité d'extradition (opinion que je ne partage pas, comme je l'exposerai ultérieurement), il relève de la compétence résultant de l'article 31, paragraphe 1, sous b), UE. En tout état de cause, l'énumération qui figure dans cet article 31 UE n'est pas exhaustive (puisque le texte utilise l'expression «entre autres»), raison pour laquelle une procédure qui facilite l'arrestation et la remise de personnes en vue de leur jugement ou de l'exécution de la peine à laquelle elles ont été condamnées améliore le niveau de sécurité des citoyens de l'Union et s'accorde pleinement avec l'article 29 UE.

32. Avant de parcourir semblables voies, il me faut cependant proposer une solution pour répondre au gouvernement tchèque, qui a conclu à l'irrecevabilité de cette question initiale.

1. Sur la recevabilité

33. Le gouvernement tchèque prétend que, pour analyser l'aptitude d'une décision-cadre à régler le mandat européen, la Cour doit examiner une disposition du droit communautaire [l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE] «qui échappe à son contrôle» et qu'elle est donc incompétente à se prononcer sur le sujet. Cette position est dénuée de fondement puisqu'une des compétences essentielles de la Cour est précisément d'interpréter les traités et d'en assurer la défense face au droit dérivé, mission à caractère hautement constitutionnel [22].

34. Tous les pouvoirs de l'Union sont rattachés et soumis aux règles arrêtées par le «constituant européen». La Cour, elle, doit, en outre, préserver l'intégrité de celles-ci et assurer leur efficacité en les mettant à l'abri des errances auxquelles peuvent succomber les autres acteurs communautaires. La Cour d'arbitrage ne lui demande rien d'exorbitant et l'invite à exercer ses attributions en appréciant si une disposition du législateur de l'Union est compatible avec une règle du traité [23], appréciation pour laquelle elle doit tout d'abord interpréter la règle étalon et en déterminer la portée, tâche à laquelle elle ne peut se soustraire.

35. Le gouvernement tchèque insiste néanmoins sur le fait que cette première question est irrecevable et soutient que la décision de renvoi manque de clarté en ce qui concerne les motifs qui invalideraient la décision-cadre. Il explique que, dans la mesure où l'association requérante demande que la loi belge de mise en œuvre soit déclarée inconstitutionnelle au motif que cette décision-cadre n'est pas l'instrument adéquat pour le rapprochement des réglementations nationales, elle devait étayer sa prétention sur les raisonnements pertinents et que la juridiction de renvoi devait reproduire ceux-ci dans sa décision.

36. Les informations fournies par les juges nationaux doivent permettre à ceux qui interviennent dans la procédure préjudicielle de présenter des observations qui fournissent à la Cour des éléments susceptibles de lui

22 — Rodríguez-Iglesias, G. C., a souligné le rôle de la Cour en tant que juridiction constitutionnelle, «El poder judicial en la Unión Europea», dans *La Unión Europea tras la Reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, p. 22 et suiv. J'ai moi-même repris cette idée [Ruiz-Jarabo, D., «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», dans *Estudios de Derecho Judicial*, n° 34, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 287 à 291].

23 — La question préjudicielle de validité crée une voie permettant de contrôler, de manière indirecte, la «constitutionnalité» du droit dérivé à l'occasion de son application.

permettre de donner une réponse utile [24]. Cet objectif est atteint en l'espèce puisqu'il est établi que la controverse porte sur l'aptitude d'une décision-cadre à organiser le mandat d'arrêt européen par le rapprochement des ordres juridiques internes. Les douze autres parties qui ont présenté des observations dans cette procédure de coopération judiciaire l'ont d'ailleurs compris de cette manière, ainsi, du reste, que le gouvernement tchèque lui-même, qui, bien qu'il déplore l'opacité de la décision de la Cour d'arbitrage, n'a rencontré aucun obstacle à une entrée en matière [25].

37. Après avoir dégagé le chemin qui mène à la question de fond, il me faut à présent analyser ce nouvel instrument de collaboration pénale entre les nouveaux États membres.

2. Le mandat d'arrêt européen et l'extradition

38. D'aucuns ont défendu l'idée que le mandat d'arrêt européen est une sous-catégorie de l'extradition. La doctrine a qualifié la décision-cadre de tentative de «faciliter» l'extradition entre les États membres [26], dans une version moderne [27], *sui generis* [28], de celle-ci sous une appellation différente [29]. En s'autorisant de l'article 31, paragraphe 1, sous b), UE, le législateur communautaire a d'ailleurs lui-même contribué à la confusion. Même si elle l'a fait dans le souci de soumettre le mandat d'arrêt européen aux mêmes conditions que l'extradition du point de vue de la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution polonaise, une juridiction nationale supérieure telle que le Trybunal Konstytucyjny a apporté son écot à l'équivoque en qualifiant la remise effectuée en exécution d'un mandat d'arrêt européen de variante de l'extradition [30]. Le Bundesverfassungsgericht n'a rien fait d'autre lorsqu'il a tacitement assimilé les deux instruments [31].

39. Néanmoins, les dissimilitudes ont été mises en exergue aussi bien sur le plan

24 — Ordonnances du 8 juillet 1998, Agostini (C-9/98, Rec. p. I-4261, point 5), et du 2 mars 1999, Colonia Versicherung e.a. (C-422/98, Rec. p. I-1279, point 5).

25 — Ce n'est pas à la Cour qu'il appartient de résoudre le problème concernant la manière dont l'inadéquation de la décision entraîne l'inconstitutionnalité de la loi de transposition, bien que l'on puisse se risquer à prétendre que, si l'on peut concevoir le bien-fondé d'un traité international, il y aurait violation de l'article 36 de la Constitution belge, lu en combinaison avec ses articles 167 et 168.

26 — Tomuschat, C., «Ungereimtes — Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», dans *Europäische Zeitschrift für Grundrechte*, 2005, p. 456.

27 — Flore, D., «L'accueil de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen en Belgique», dans *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 137. Conway, G., «Judicial Interpretation and the Third Pillar», dans *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005, p. 255, considère qu'ils sont équivalents.

28 — Keijzer, N., «The double criminality requirement», dans *Handbook on the European arrest warrant*, Tob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editors), La Haye, 2005, p. 139.

29 — Plachta, M., «European Arrest Warrant: Revolution in Extradition», dans *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2003, p. 193.

30 — Point 3 de l'arrêt cité au point 7.

31 — Arrêt cité à la note 10.

législatif [32] que dans la doctrine [33] et dans la jurisprudence [34].

40. Les positions ne sont toutefois pas aussi divergentes puisqu'elles dépendent de la perspective choisie. Lorsque l'attention se porte sur le résultat, les coïncidences abondent, mais les disparités ressortent si l'on s'attache aux fondements de ce mode de collaboration et à la forme dans laquelle elle se développe.

41. Le passage de l'extradition au mandat européen implique un retournement copernicien. Il est manifeste que la première comme le second servent la même fin, qui est de remettre un accusé ou un condamné entre les mains des autorités d'un autre État afin qu'il puisse y être jugé ou qu'il puisse y accomplir sa peine, mais ici s'arrêtent les similitudes.

42. La procédure d'extradition met en contact deux États souverains, l'État requérant et l'État requis, qui agissent au départ de positions autonomes: le premier demande la collaboration de l'autre, qui décide au cas par cas d'accéder ou non à cette demande en tenant compte de motifs qui vont au-delà de l'univers strictement juridique et entrent dans le domaine des relations internationales, où le principe d'opportunité joue un rôle significatif. C'est la raison pour laquelle l'intervention ultime des responsables politiques et des critères tels que la réciprocité ou la double incrimination sont justifiés en ce qu'ils proviennent de sphères différentes.

43. La scène change de décor lorsque l'entraide est demandée et accordée à l'intérieur d'un système juridique supranational d'intégration, dans lequel les États renoncent partiellement à leur souveraineté et transfèrent des compétences à des instances qui leur sont externes et sont dotées d'un pouvoir normatif. Ce rapprochement, propre au premier pilier de l'Union [35], opère également dans le troisième, qui est intergouvernemental, mais possède une évidente vocation «communautaire», comme l'a

32 — Dans l'exposé des motifs de la loi espagnole nº 3/2003, du 14 mars 2003, relative au mandat d'arrêt et de remise européen (BOE nº 65, du 17 mars 2003, p. 10244), le législateur indique que celle-ci introduit «des modifications à ce point importantes dans la procédure classique d'extradition que l'on peut affirmer sans réserve que cette dernière a disparu des relations de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne» (dernier alinéa).

33 — Plachta, M., op. cit., à la note 29, p. 191, met l'accent sur les divergences. Lagodny, O., «'Extradition' without a granting procedure: the concept of 'surrender'», dans *Handbook on the European arrest warrant*, Tob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editors), La Haye, 2005, p. 41 et 42, souligne le caractère judiciaire du mandat d'arrêt européen. Pour sa part, Jégouzo, I., «Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen», dans *Gazette du Palais — Recueil*, juillet-août 2004, p. 2311, affirme que la décision-cadre innove en ce qu'elle remplace la prérogative du pouvoir politique par un mécanisme strictement judiciaire.

34 — Dans l'arrêt déjà cité à plusieurs reprises, le Bundesverfassungsgericht signale les différences sans s'en apercevoir lorsqu'il affirme que la décision-cadre a transformé une décision politique rendue sans aucun contrôle légal en une pondération juridique (point 88, *in fine*).

35 — Depuis les arrêts du 5 février 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 1), et du 15 juillet 1964, Costa (6/64, p. 1141), nul ne conteste que le droit communautaire est un ordre juridique singulier qui, dans les matières spécifiques qui font partie de son patrimoine, l'emporte sur les droits nationaux des États membres.

démontré l'arrêt Pupino [36], qui a transféré aux décisions-cadres certaines catégories du premier pilier et des paramètres caractéristiques des directives [37].

44. Le lien ne s'établit pas entre espaces étanches, une constatation *ad casum* s'avérant nécessaire afin de vérifier que l'aide ne méconnaît pas les fondements de l'organisation sociale. Au contraire, l'idée est de fournir un appui à quelqu'un avec qui on partage des principes, des valeurs et des engagements [38], et de créer ainsi un tissu institutionnel avec ses sources de droit particulières, de force variable mais, en fin de compte, obligatoires, en vue de prévenir la criminalité et de lutter contre elle dans un espace unique de liberté, de sécurité et de justice, tissu institutionnel facilitant la coopération entre les États et harmonisant leurs droits pénaux.

45. Dans ce contexte, teinté de confiance mutuelle, le soutien à la coopération ne résulte pas de la conjonction de volontés d'origines diverses, mais bien d'une norme commune — la décision-cadre — dans laquelle sont décrits les comportements susceptibles de mettre en branle la collaboration. Les approches suivant lesquelles il faut une vérification individuelle pour garantir la réciprocité [39] ou les conceptions accordant une valeur absolue à la double incrimination sont ainsi périmées puisqu'entre les éventuels participants, le comportement qui est à l'origine de la demande est également condamnable et qu'une demande en sens inverse serait elle aussi prise en considération. Dans cet esprit, toute considération d'opportunité s'avère dénuée de pertinence, le contrôle se réduisant à l'aspect strictement juridique. En d'autres termes, les autorités politiques doivent passer la main aux autorités judiciaires et l'appréciation particulière de chaque cas d'espèce doit céder le pas à une appréciation à caractère général, puisque cette règle commune est fondée sur la compétence des juridictions nationales à poursuivre les délits qu'elle énumère. En somme, il n'existe plus d'États souverains auxquels il serait loisible de

36 — Déjà cité à la note 5. Au point 36 de cet arrêt, la Cour a déclaré que: «[...] indépendamment du degré d'intégration visé par le traité d'Amsterdam dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe au sens de l'article 1er, deuxième alinéa, UE, il est parfaitement compréhensible que les auteurs du traité sur l'Union européenne aient estimé utile de prévoir, dans le cadre du titre VI de ce traité, le recours à des instruments juridiques comportant des effets analogues à ceux prévus par le traité CE, en vue de contribuer efficacement à la poursuite des objectifs de l'Union». Sarmiento, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco», dans *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005 (http://www.reei.org), prétend que cet arrêt de la Cour ouvre les portes à une «communautarisation» progressive des terrains intergouvernementaux du traité UE. Alonso García, R., dans *op. cit.* à la note 14, p. 36 à 38, démontre que le troisième pilier est un *tertium genus* «à caractère fortement intergouvernemental, mais qui présente, en même temps, des traits supranationaux dans les instruments d'intervention et dans les mécanismes de contrôle juridictionnel».

37 — Le principe d'interprétation conforme (points 34, 43 et 47) et le principe de coopération loyale (point 42).

38 — Weigend, Th., «Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts», dans *Juristische Schulung*, 2000, p. 110, affirme que la lutte contre la criminalité internationale suscite des doutes quant au point de savoir s'il convient de continuer à s'accrocher à des idées reçues en héritage qui prennent leur source dans une préférence inconditionnelle pour la souveraineté étatique et dans une méfiance invétérée face à la justice pénale étrangère. Il ajoute que de nombreux pays renonceraient à cette conception traditionnelle à l'égard des États auxquels ils se savent apparentés par le biais d'une culture juridique commune et par l'attention portée aux droits de l'homme.

39 — En 1880 déjà, l'institut de droit international d'Oxford estimait que, bien que la réciprocité en matière d'extradition pût se réclamer de la politique, elle n'était pas une exigence de la justice (article 5 de la décision du 9 septembre 1880, annuaire de l'institut, nouvelle édition abrégée, volume I, 1875-1883, p. 733). Je prends la citation de Schultz, H., «Rapport général provisoire sur la question IV pour le Xe Congrès international de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome», dans *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1968, nº 3-4, p. 795.

coopérer dans des cas individuels, mais des membres de l'Union européenne obligés à se fournir mutuellement assistance, dès l'instant où des délits d'intérêt commun ont été commis [40].

46. C'est la raison pour laquelle je crois que l'extradition et le mandat d'arrêt européen répondent à des schémas axiologiques qui ne coïncident que par leur objectif. En supprimant l'extradition et en lui substituant un système de remise entre autorités judiciaires fondé sur la reconnaissance mutuelle [41] et sur la libre circulation de leurs décisions, fruit d'un niveau élevé de confiance entre les États membres (premier, cinquième, sixième et dixième considérants), la décision-cadre se situe dans cette ligne. Elle présuppose donc la réciprocité et la double incrimination pour certains comportements, parmi les plus condamnables, et limite les motifs de refus d'assistance sans laisser la moindre marge au pouvoir discrétionnaire politique (articles 3 et 4) [42].

47. Ce dénouement semble confirmer la thèse de ceux qui prétendent que, comme il s'agit d'un nouveau mode de procéder, il n'y avait rien à harmoniser, de sorte que le mandat d'arrêt européen ne pouvait être réglé au moyen d'une décision-cadre. Cette inférence, par trop simpliste, méconnaît cependant la nature de cette source du droit et l'essence de ce mécanisme.

3. La décision-cadre comme source d'harmonisation

48. Cette approche est vouée à l'échec en raison de sa prémisse majeure, car le fait que, leur finalité mise à part, le mandat d'arrêt européen se distingue de l'extradition ne

40 — Nul ne songerait à qualifier d'extradition l'assistance judiciaire qu'un juge du Land de Bavière fournirait à un juge du Land de Basse-Saxe en vue de la remise d'un prévenu ou encore à propos de l'entraide entre un juge de la Communauté autonome de Catalogne et un juge andalou. Il n'est donc pas non plus pertinent de parler d'extradition lorsque la collaboration s'opère à l'intérieur de l'Union européenne. Il convient d'observer, en revanche, que, de la même manière que les juges d'un pays (Allemagne ou Espagne) appliquent le même droit pénal, quel que soit leur ressort, ceux de différents États membres se soumettent à différents codes pénaux bien qu'ils partagent des principes et des valeurs identiques. Cette affirmation n'est cependant pas totalement certaine: d'une part, certains secteurs sont harmonisés dans l'Union alors que, d'autre part, il existe des règles pénales correspondant à plusieurs hypothèses (par exemple, les règles de qualification des délits contre l'environnement, qui sont incluses dans l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre) qui sont intégrées à des réglementations à caractère technique, dont l'adoption relève de la compétence des Länder ou des Communautés autonomes, ce qui provoque certaines divergences dans la qualification à l'intérieur d'un même État membre.

41 — Le Conseil européen de Tampere a érigé le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en pierre d'angle de la coopération judiciaire dans l'Union (point 33 des conclusions de la présidence). Ce principe a été analysé par Sanz Morán, A. J., «La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material», dans *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, éd. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 81 à 90, analyse dans laquelle il reproduit les arguments de ses détracteurs.

42 — La décision-cadre s'inscrit dans un processus évolutif qui va de la convention européenne d'extradition de 1957 (article 28, paragraphe 3) et continue avec celle de 1996 (article 1er, paragraphe 2), laissant la porte ouverte à des dispositions plus favorables à la collaboration, dispositions reprises dans des réglementations uniformes ou réciproques organisant l'exécution sur le territoire d'un État des mandats d'arrêt délivrés dans un autre. Un exemple de ce type d'instrument nous est offert par le traité conclu entre le Royaume d'Espagne et la République italienne en vue de la poursuite des délits graves par la solution des problèmes liés à l'extradition dans un espace de justice commun, qui a été signé à Rome le 28 novembre 2000, mais qui n'est jamais entré en vigueur en raison de l'introduction de la procédure d'approbation de la décision-cadre, que le Conseil de l'Union a qualifiée de législation uniforme au sens de l'article 28, paragraphe 3, de la convention de 1957 précitée (conclusions sur l'application du mandat d'arrêt européen et sa relation avec les instruments juridiques de l'Union européenne, Bruxelles, le 11 septembre 2003 — doc. 12413/03).

signifie pas que le premier serait sorti du vide et n'aurait pas connu, dans les ordres juridiques nationaux, de précédents qu'il convient de concilier.

49. Le mandat européen, qui est un moyen indispensable à l'instauration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (articles 2 UE et 29 UE), est une manifestation de l'entraide judiciaire. Il s'agit de la décision par laquelle un juge cherche à obtenir l'arrestation et la remise d'une personne par une autorité judiciaire étrangère afin de pouvoir exercer des poursuites pénales ou obtenir l'exécution d'une peine (article 1er, paragraphe 1, de la décision-cadre). Le mandat d'arrêt européen est donc une décision régie par le droit de la procédure de l'État membre d'émission qui, conformément au principe de la reconnaissance mutuelle, est assimilée à une décision nationale dans les autres États membres, de sorte que la concertation normative s'avère indispensable. Les mandats d'arrêt s'inscrivent dans la tradition des codes de procédure pénale nationaux et la décision-cadre les dote, dans certaines circonstances et à certaines conditions, d'effets opérant au-delà des frontières, mais exige à cette fin qu'il y ait concordance entre les régimes nationaux. Ses articles sont au service de ce propos en ce qu'ils harmonisent les modes et les contenus de la décision, les formes et les délais de transmission et d'exécution, les motifs d'inexécution et les garanties qui protègent le détenu tout au long de la procédure ainsi que les effets de la remise.

50. La décision-cadre n'invente donc pas une institution qui n'existait pas auparavant et n'harmonise pas les diverses réglementations relatives à l'extradition; elle harmonise les règles d'arrestation et de remise en vigueur dans chaque État membre en vue de la coopération entre les autorités judiciaires [43].

51. Ce qui est au centre de la discussion dans le présent renvoi préjudiciel, ce ne sont pas les potentialités harmonisatrices de la décision-cadre, mais sa virtualité créatrice. Las! une équivoque se cache sous le débat, parce que, comme je viens de le signaler, s'il se distingue de l'extradition, le mandat d'arrêt européen n'est pas une trouvaille sans précédent comparable dans les droits nationaux [44]. De toute manière, même si

43 — Par exemple, la décision-cadre touche, en Espagne, aux articles 273 à 278 de la loi organique nº 6/1985, du 1er juillet, relative au pouvoir judiciaire ainsi que les articles 183 à 196 du code de procédure pénale du 14 septembre 1982.

44 — Comme l'ont suggéré le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et la République française (aux points 28 à 32 et 10 à 13 respectivement de leurs observations écrites), toute innovation doit, conformément aux articles 94 CE, 95 CE et 308 CE, s'autoriser de la dernière de ces dispositions alors que l'harmonisation de structures existantes ou la coordination des règles de base de droits futurs exige la couverture des deux autres. C'est ainsi qu'au point 59 de l'avis 1/94 qu'elle a rendu le 15 novembre 1994 (Rec. p. I-5267), la Cour a dit pour droit qu'en matière de propriété intellectuelle, la Communauté dispose d'une compétence d'harmonisation des législations nationales au titre des articles 94 CE et 95 CE et peut se fonder sur l'article 308 CE pour créer des titres nouveaux qui viennent se superposer aux titres nationaux. C'est ce qui s'est passé avec le certificat complémentaire de protection pour les médicaments [règlement (CE) nº 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992 (JO L 182, p. 1)], comme la Cour l'a rappelé au point 23 de l'arrêt qu'elle a rendu le 13 juillet 1995 dans l'affaire Espagne/Conseil (C-350/92, Rec. p. I-1985). Au point 25 de l'arrêt qu'elle a prononcé le 9 octobre 2001 dans l'affaire Pays-Bas/Parlement et Conseil (C-377/98, Rec. p. I-7079), la Cour a déclaré, en revanche, que la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (JO L 213, p. 13), relève de la seconde espèce évoquée plus haut, à savoir les instruments d'harmonisation, car elle ne crée pas un droit à racine communautaire, mais se fonde sur des instruments nationaux, tels que les brevets, qui sont délivrés conformément aux procédures internes bien que, jusqu'alors, de telles inventions n'étaient pas prévues dans certains États membres et que certaines précisions et exceptions ont été introduites à propos de la portée de la protection conférée.

d'aucuns le prétendaient, étant donné la nécessité d'un rapprochement légal, rien n'empêcherait de recourir à ce type de norme puisque le traité UE n'interdit pas de l'utiliser en pareilles circonstances.

54. Le Conseil a, pour la présente occasion, opté pour une décision-cadre. Il conviendrait donc de commencer l'analyse en examinant si, à la lumière de l'objectif poursuivi et de la voie tracée pour l'atteindre, il aurait pu recourir à une autre catégorie de normes. Opter pour une position commune n'aurait guère été avisé. De telles positions, utiles dans le domaine des relations internationales de l'Union et des États membres afin de fixer leur opinion sur une affaire particulière (article 37 UE), sont tout naturellement appelées à déployer leurs potentialités dans le second pilier également, en combinaison avec l'action commune (article 12 UE) [45].

4. Le système de sources dans le troisième pilier: en particulier, les relations entres les décisions-cadres et les conventions

52. L'article 32, paragraphe 2, UE énumère quatre sources de droit du troisième pilier et, comme l'ont fait observer avec nuance le Conseil, la Commission, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume de Belgique, il n'établit aucune hiérarchie ou compartimentation entre eux, réservant une matière déterminée pour chaque type de normes. N'importe laquelle de ces sources vaut en principe pour tout, sauf à respecter les limites imposées par la nature de l'instrument et l'objectif indiqué, limites à l'intérieur desquelles le législateur a toute liberté de choix.

55. Les autres sources — décisions-cadres, décisions et conventions — sont les instruments idoines pour des mesures exigeant une transposition dans les ordres juridiques nationaux [46], mais il n'est pas possible de prendre en considération les décisions visées à l'article 34, paragraphe 2, sous c), UE en l'espèce parce qu'elles excluent toute idée d'harmonisation, indispensable au bon fonctionnement du mandat européen.

53. Ce réduit discrétionnaire demeure exempt de contrôle juridictionnel, de sorte que, quel que soit son contenu, la décision qui ne dépasse pas ces contours est juridiquement correcte.

45 — Simon, D., *Le système juridique communautaire*, Presses universitaires de France, 2e édition, novembre 1998, p. 238, les qualifie d'«actes atypiques». Je n'en veux pour exemple que la position commune 2000/130/JAI du Conseil, du 31 janvier 2000, relative à la proposition de protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée (JO L 37, p. 1), ou encore l'action commune 96/443/JAI du Conseil, du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (JO L 185, p. 5).

46 — Brechmann, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Calliess/Ruffert Verlag, 2e édition, 2002, article 34, point 6, p. 267.

56. C'est pourquoi le seul instrument qui aurait pu être choisi au lieu de la décision-cadre est la convention. La marge d'appréciation du législateur culmine dans le choix entre ces deux types de normes, de sorte qu'il convient de rejeter la thèse suivant laquelle le mandat européen, qui «succède» à l'extradition, doit être réglé au moyen de pactes internationaux parce que, traditionnellement, l'extradition entre les États membres l'a toujours été de cette façon. Les partisans de cette thèse font valoir un soi-disant «gel du rang» de la norme en vertu du principe de l'acte contraire.

a) Inviabilité du principe de l'acte contraire

57. La règle suivant laquelle une matière qui a déjà été réglée sous une forme normative donnée devra toujours être traitée au moyen de normes de même rang, sans qu'il soit possible d'utiliser une norme de rang inférieur, n'a pas un caractère absolu, car elle représente une garantie citoyenne dans les relations entre un pouvoir souverain — le pouvoir législatif — et un autre — le pouvoir exécutif — essentiellement subordonné, et leurs actes respectifs, à savoir la loi et le règlement. Lorsque le Parlement réglemente une matière, le gouvernement ne peut intervenir que dans la mesure où la chambre des représentants l'y autorise afin de compléter ou d'intégrer ce qu'il a décidé sans qu'aucun acte gouvernemental ne puisse s'y immiscer et remplacer la volonté du «titulaire du pouvoir», à moins qu'après «délégalisation», ce dernier l'habilite et à condition qu'il n'existe pas de réserve constitutionnelle de loi [47].

58. Le débat sur ce sujet est donc dénué de sens puisque les sources ont une origine identique et suivent la même voie, qu'il s'agisse des décisions-cadres ou des conventions internationales, qui sont approuvées à l'unanimité du Conseil sur proposition d'un État membre ou de la Commission après consultation du Parlement (article 34, paragraphe 2, UE, lu en combinaison avec l'article 39, paragraphe 1, UE) [48].

59. La pratique confirme l'analyse légistique puisque les États membres ont fréquemment remplacé des mesures de nature conventionnelle par d'autres propres aux structures d'intégration. Un exemple typique est la convention du 27 septembre 1968 concer-

47 — Les professeurs García de Enterría, E., et Fernández, T. R., expliquent ce principe dans *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, édition Civitas, 10e édition, Madrid, 2000, p. 247 et 248.

48 — Je ne saurais passer sous silence l'argument, invoqué au principal par l'association demanderesse, d'un soi-disant déficit démocratique que comporterait l'adoption d'une décision-cadre. Elle prétend que, contrairement aux traités internationaux, les décisions-cadres n'exigent pas, pour être parfaites, l'intervention des assemblées législatives nationales. Pour commencer, ce type de norme et son mode d'élaboration sont précisés dans un traité librement accepté par les États membres, les représentations populaires respectives jouant un rôle décisif. De surcroît, je viens d'indiquer que le Parlement européen doit être entendu au cours de la procédure d'adoption de ces décisions-cadres, des réserves pouvant toujours être formulées par les parlements nationaux, auxquels appartient la compétence d'approuver les règles internes d'application et de mise en œuvre lorsque leur système constitutionnel exige qu'elles aient rang de loi.

nant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [49], plus connue sous la dénomination «convention de Bruxelles», qui a été remplacée par le règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 [50] (article 68).

60. Dans ces circonstances, il faut se demander si la formule de la convention internationale facilite le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité et si le législateur communautaire est tenu de l'utiliser.

b) Les principes de subsidiarité et de proportionnalité

61. Ces deux principes, consacrés par l'article 5 CE, sont applicables dans le troisième pilier: le principe de subsidiarité en vertu de l'article 2 UE, *in fine*, et celui de proportionnalité en tant qu'outil au service de la subsidiarité [51].

62. Dans le septième considérant de l'exposé des motifs de la décision-cadre, le législateur déclare qu'il respecte ces principes et il fait bien puisque, s'agissant d'exécuter des mandats d'arrêt étrangers sur le territoire national, dans un espace commun fondé sur la confiance mutuelle et sur la reconnaissance réciproque des décisions judiciaires, il vaut mieux affronter cette tâche avec une vision d'ensemble à partir des structures de l'Union que de laisser à chaque État membre le soin de le faire séparément, fût-ce en coordination avec d'autres. Il s'imposait donc d'intervenir à l'échelon unitaire. Le principe de subsidiarité a dès lors été respecté.

63. Tel aurait également été le cas si le Conseil avait opté pour un accord international, mais le pouvoir discrétionnaire du législateur de l'Union lui permettait de recourir à une décision-cadre. L'indispensable proportionnalité ne lui imposait pas d'opter pour une autre formule puisque, comme je l'exposerai plus avant, l'expérience déduite de l'échec des traités conclus dans le passé lui recommandait de procéder de la sorte. Si l'adéquation des fins et des moyens exige que l'Union n'intervienne que pour atteindre les objectifs déclarés, il paraît absolument nécessaire de recourir à un instrument obligeant les États membres à obtenir les résultats dans un certain délai.

64. Cela signifie que ni un soi-disant gel du rang de la norme qui a traditionnellement régi la remise d'un citoyen par un État à un autre en vue de son jugement ou de

49 — JO 1972, L 299, p. 32; texte consolidé au JO 1998, C 27, p. 1.

50 — JO 2001, L 12, p. 1. D'autres exemples sont fournis par le règlement (CE) nº 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001 (JO L 174, p. 1), sur l'obtention des preuves (article 21); par le règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000 (JO L 160, p. 1), relatif aux procédures d'insolvabilité (article 44), et par le règlement (CE) nº 1348/2000 du Conseil, du 29 mai 2000 (JO L 160, p. 37), relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires (article 20).

51 — Le lien étroit entre les deux principes transparaît dans l'article 5 CE, aux termes duquel la Communauté n'intervient que lorsque les objectifs de l'action entreprise ne peuvent pas être atteints par les États membres isolément (subsidiarité), la Communauté devant alors limiter son intervention aux mesures strictement nécessaires (proportionnalité).

l'accomplissement de sa peine ni le principe de subsidiarité ne réduisaient la marge de manœuvre du législateur européen. Au contraire, même à admettre une quelconque entrave à cette marge de manœuvre, la décision-cadre serait le moyen approprié en vertu du principe plusieurs fois cité de proportionnalité et du principe de l'effet utile du droit européen, qui s'appliquent dans le troisième pilier également, comme on peut le déduire de l'arrêt Pupino cité précédemment.

66. Ce sont précisément les limitations inhérentes aux traités internationaux qui ont favorisé l'inscription, dans le catalogue des sources du droit, d'une nouvelle catégorie permettant d'éluder les difficultés soulevées par la liberté des États membres en matière de ratification [53]. Le Conseil de Tampere a explicité le projet de convertir l'Union en un espace de liberté, de sécurité et de justice «en utilisant pleinement les possibilités offertes par le traité d'Amsterdam» [54]. La proposition de la Commission s'avère très révélatrice lorsqu'elle indique que, pour des raisons d'efficacité, elle a opté pour une décision-cadre à la vue des piètres résultats des conventions antérieures [55].

c) La demande d'une plus grande efficacité

65. La décision-cadre controversée n'est pas la première tentative d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union. Les conventions de 1995 et de 1996 en étaient les précédents immédiats, même si elles ont échoué. L'une comme l'autre avaient été approuvées sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, mais elles ne sont pas encore d'application dans tous les États membres aujourd'hui parce que certains d'entre eux ne les ont toujours pas ratifiées [52].

67. Les États membres et les institutions doivent réaliser les objectifs de l'article 2 UE et, partant, garantir et développer l'espace de liberté, de sécurité et de justice déjà souvent évoqué. Pour ce faire, ils sont tenus d'utiliser les instruments les plus adéquats. Ils ont l'obligation d'assurer les pleins effets du droit communautaire en général [56] et ceux du

52 — La Commission rappelle (au point 22 de ses observations écrites) que les conventions conclues conformément au traité de Maastricht ne sont pas entrées en vigueur avant le traité d'Amsterdam parce qu'elles n'avaient pas obtenu un nombre suffisant de ratifications. À la date à laquelle la décision-cadre a été adoptée, douze des quinze États membres de l'époque l'avaient ratifiée.

53 — Le Conseil se borne à recommander leur adoption [article 34, paragraphe 2, sous d), UE].

54 — Introduction des conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.

55 — COM(2001) 522 final/2, p. 4, point 4.3.

56 — Le principe d'effectivité limite même les compétences des États membres en matière de procédure et leur impose de choisir des mesures qui ne rendent pas excessivement difficile ou impossible en pratique l'exercice des actions dérivées du droit communautaire. L'arrêt que la Cour a rendu le 16 décembre 1976 dans l'affaire Rewe (33/76, Rec. p. 1989) fut le premier d'une longue série de décisions allant en ce sens, les plus récents étant l'arrêt du 24 septembre 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Rec. p. I-8003), et l'arrêt du 17 juin 2004, Recheio-Cash & Carry (C-30/02, Rec. p. I-6051).

droit de l'Union en particulier [57]. C'est pourquoi le Conseil non seulement pouvait, mais devait même instaurer le mécanisme du mandat d'arrêt européen au moyen d'une décision-cadre [58]. On ne saurait donc lui faire grief d'avoir emprunté la voie qu'il a suivie [59].

68. C'est pourquoi je suggère à la Cour de répondre à la première question préjudicielle que la décision-cadre 2002/584 n'enfreint pas l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE.

B — *La décision-cadre 2002/584 et les droits fondamentaux (seconde question)*

69. Dans la décision-cadre, le législateur s'est soucié des garanties dont le destinataire d'un mandat d'arrêt doit bénéficier et a explicitement exposé son propos de sauvegarder ses droits fondamentaux. Aux points 18 et 24 des présentes conclusions, je me suis fait l'écho de cette aspiration, qui trahit une approche de la coopération pénale qui va au-delà de la simple relation bipolaire entre États et assume une troisième dimension, celle des droits indissociables de la personne concernée [60].

70. L'article 1er, paragraphe 3, contient à ce sujet une déclaration solennelle, qui, à défaut d'avoir été écrite, aurait dû être sous-entendue puisque le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un des ciments qui soudent l'Union (article 6, paragraphe 1, UE), ces droits et libertés étant érigés en principes généraux du droit communautaire à l'aune de la convention de Rome et des traditions constitutionnelles communes aux États membres (article 6, paragraphe 2, UE) [61].

71. Cette réflexion nous amène à la protection des droits de l'homme dans l'Union et au rôle qui appartient à la Cour.

1. La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne

72. Ce n'est pas parce que les traités originels ne contenaient aucun catalogue

57 — J'ai déjà signalé dans les présentes conclusions que le principe d'effectivité sous-tend l'arrêt Pupino et s'exprime aux points 38 et 42 de celui-ci.

58 — Le gouvernement du Royaume-Uni va même jusqu'à déclarer qu'une décision-cadre était «indispensable» (point 37, *in fine*, de ses observations écrites).

59 — C'est ce souci d'utilité qui a inspiré le Conseil à l'article 31, paragraphe 2, de la décision-cadre, qui autorise les États membres à appliquer des accords bilatéraux ou multilatéraux qui poursuivent les mêmes objectifs que ceux de la décision-cadre et qui contribuent à faciliter ou à simplifier les procédures de remise.

60 — Vennemann, N., «The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications», dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 113 et 114.

61 — Dans l'arrêt Pupino déjà plusieurs fois cité, la Cour a rappelé que les décisions-cadres doivent être interprétées conformément à la convention de Rome (point 59).

des droits fondamentaux que ceux-ci étaient bannis de l'ordre juridique communautaire. Les Communautés, fruit d'un pacte entre États structurés sur une base démocratique, ont vu le jour avec la vocation de se constituer en organisations soumises au droit. La semence avait été enfouie dans une terre à l'abandon et ce n'est qu'au cours du temps que les droits subjectifs de base ont pu germer et prospérer grâce à la jurisprudence de la Cour.

73. Ce travail prétorien a porté ses fruits dans des droits expressément reconnus comme l'interdiction, énoncée à l'article 141 CE actuel, de toute discrimination salariale fondée sur le sexe [62], mais également au bénéfice d'autres droits qui n'ont pas d'ancrage direct dans le régime communautaire, comme l'inviolabilité du domicile [63], la liberté d'expression [64] ou, dans un domaine plus proche de l'objet du présent renvoi préjudiciel, le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* [65].

74. La Cour s'est servie d'un syllogisme simple et logique: les règles communes aux droits nationaux sont des principes généraux de l'ordre juridique de la Communauté et, en tant que tels, ils méritent d'être respectés, de sorte que les droits fondamentaux, qui sont des garanties communes à tous, font partie de ces principes et doivent être protégés [66]. À cet égard, la mission d'intégration ne semble pas pouvoir être mise en question et s'alimente à des sources étrangères au droit communautaire [67]: ces principes généraux communs aux États membres [68], les éléments communs à leurs traditions constitutionnelles [69] et les instruments internationaux de

62 — Le cas de M^me^ Defrenne est particulièrement exemplaire. Les arrêts du 25 mai 1971, Defrenne I (80/70, Rec. p. 445); du 8 avril 1976, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455), et du 15 juin 1978, Defrenne III (149/77, Rec. p. 1365), illustrent l'évolution au sein de la Cour.

63 — Arrêts du 14 avril 1960, Acciaieria e tubificio di Brescia/Haute Autorité (31/59, Rec. p. 153); du 26 juin 1980, National Panasonic/Commission (136/79, Rec. p. 2033); du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission (46/87 et 227/87, Rec. p. 2859), et du 22 octobre 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011).

64 — Arrêts du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925); du 12 juin 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), et du 6 novembre 2003, Lindqvist (C-101/01, Rec. p. I-12971). Sur la liberté d'expression des fonctionnaires communautaires, on consultera l'arrêt du 6 mars 2001, Connolly/Commission (C-274/99 P, Rec. p. I-1611).

65 — Arrêts du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545); du 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969); du 26 septembre 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), et du 12 décembre 1996, X (C-74/95 et C-129/95, Rec. p. I-6609).

66 — Cette formule apparaît pour la première fois dans l'arrêt du 14 mai 1974, Nold/Commission (4/73, Rec. p. 491, point 13).

67 — Rubio Llorente, F., a analysé ce processus en détail dans «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», dans *La estructura constitucional de la Unión Europea*, éd. Civitas, Madrid, 2002, p. 113 à 150.

68 — Pescatore, P., «Los principios generales del derecho como fuentes del derecho comunitario», dans *Noticias CEE*, 1988, n° 40, p. 39 à 54.

69 — Dans l'arrêt Nold/Commission, auquel je me suis référé plus haut, la Cour a déclaré qu'«en assurant la sauvegarde de ces droits [note de l'auteur: elle se réfère aux droits fondamentaux], la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États» (point 13). Dans l'arrêt qu'elle a rendu ultérieurement le 17 décembre 1970 dans l'affaire Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125), elle a précisé que «la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté» (point 4).

protection des droits [70], en particulier, la convention de Rome [71].

75. Le législateur communautaire a repris le témoin et incorporé cette jurisprudence à l'article 6 UE à partir du traité d'Amsterdam, et il a attribué la compétence de protéger les droits fondamentaux à la Cour [article 46, sous d), UE].

76. Au cours de l'année 2000 est advenu un fait qu'il est difficile de passer sous silence, à savoir la proclamation de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce document est dépourvu de force obligatoire, puisqu'il n'existe aucune décision assortie d'effets qui en assumerait le contenu [72]. Cette proclamation n'est qu'une simple déclaration politique, démunie de toute valeur juridique [73].

77. Une telle constatation ne devrait cependant pas nous amener à penser que rien n'a changé, comme si la charte n'était que lettre morte. En premier lieu, elle n'a pas surgi du néant ni en dehors de tout contexte; au contraire, elle s'inscrit dans une étape du processus évolutif que j'ai exposé, car elle codifie et réaffirme, comme ses auteurs l'ont déclaré dans son préambule [74], certains droits qui dérivent du patrimoine commun des États membres aux plans tant national qu'international [75], de sorte qu'aux termes des articles 6 UE et 46, sous d), UE, l'Union doit les respecter et la Cour les protéger, quels que soient la nature et les effets

70 — Dans l'arrêt Nold/Commission, les traités internationaux pour la protection des droits de l'homme n'étaient qu'un écho lointain, susceptible d'apporter tout juste «des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire» (point 13). Quelques années plus tard, néanmoins, la Cour a invoqué ces traités en termes exprès (arrêt du 28 octobre 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, point 32) et cette invocation s'est avérée décisive (arrêt du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, points 18 et suiv.).

71 — Arrêt X, déjà cité à la note 65, point 25. On pourra également consulter l'arrêt ERT, précité, point 45, ainsi que la jurisprudence qui y est citée. Voir, dans le même sens, avis 2/94, du 28 mars 1996, émis conformément à l'article 228 du traité CE — devenu, après modification, article 300 CE (Rec. p. I-1759, point 33).

72 — La situation changerait si le traité instituant une Constitution pour l'Europe, dont la partie II reprend la charte, était ratifié et entrait en vigueur.

73 — Díez-Picazo, J. M., «Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», dans *Constitucionalismo de la Unión Europea*, éd. Civitas, Madrid, 2002, p. 21 à 42, en particulier p. 39.

74 — «La présente charte réaffirme [...] les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.»

75 — Bien que le juge de renvoi n'ait pas soulevé ce point dans son ordonnance, il faut souligner l'absence d'un droit universellement reconnu à ne pas être extradé. S'il existe dans certains États, comme l'Allemagne, Chypre, la Finlande et la Pologne, les ordres juridiques de la majorité des autres ne confèrent pas un caractère fondamental à cette garantie, qui demeure en marge des traditions constitutionnelles communes. La République d'Autriche, la République portugaise et la République de Slovénie ont révisé leurs Constitutions afin de permettre l'extradition de leurs nationaux.

juridiques du texte approuvé en décembre 2000 [76].

78. En second lieu, la charte figure dans la jurisprudence de la Cour, puisque les avocats généraux l'ont interprétée et étendu ainsi sa nature de simple programme ou de pure déclaration [77]. Le Tribunal a lui aussi utilisé la charte dans certaines de ses décisions [78]. Il n'empêche que, dans ses arrêts, la Cour évoque rarement la charte [79], ne fût-ce que pour réfuter la position de ses avocats généraux. Ce n'est qu'à une date très récente, il y a deux mois à peine, que l'arrêt Parlement/Conseil [80] a annoncé un changement de cap lorsque la Cour a dit pour droit que, si la charte n'est pas un instrument juridique contraignant, il convient néanmoins de souligner son importance (point 38).

79. Il faut donc que les langues se délient et que la charte s'impose comme un outil d'interprétation essentiel dans la défense des garanties citoyennes qui font partie du patrimoine des États membres. Il faut faire face à ce défi avec prudence, mais avec vigueur, avec la pleine conviction que, si la protection des droits fondamentaux revêt un caractère indispensable dans le pilier communautaire, il n'est pas davantage possible d'y renoncer dans le troisième pilier, car,

76 — Alonso García, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», dans *Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, éd. Civitas, Madrid, 2002, p. 151, précise que le défaut de force obligatoire ne signifie pas l'absence d'effets, comme le démontre le rôle joué par la convention de Rome elle-même, qui, bien que ne liant pas juridiquement la Communauté, a servi de source d'inspiration essentielle à la Cour pour la configuration des droits fondamentaux. Carrilo Salcedo, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», dans *Revista de derecho comunitario*, 2001, p. 7, soutient que ce document permet de fixer plus facilement des critères pour évaluer la légitimité du comportement des pouvoirs publics dans l'Union. Pour sa part, Rodríguez Bereijo, Á., «El valor jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», dans *Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 220, paraphrase l'ancien commissaire Antonio Vittorino et prédit que la charte acquerra un caractère normatif grâce à l'interprétation qu'en donnera la Cour en tant que synthèse et expression des principes généraux du droit communautaire.

77 — Dans les conclusions qu'il a présentées le 8 février 2001 dans l'affaire BECTU (arrêt du 26 juin 2001, C-173/99, Rec. p. I-4881), l'avocat général Tizzano explique qu'en dépit de son absence de force obligatoire, «dans un litige qui porte sur la nature et la portée d'un droit fondamental, il est impossible d'ignorer les énonciations pertinentes de la charte ni [...] son évidente vocation à servir, lorsque ses dispositions le permettent, de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs [...] de la scène communautaire» (point 28). Quelques mois plus tard, le 10 juillet de cette année-là, l'avocat général Léger a suggéré, dans les conclusions qu'il a prises dans l'affaire Conseil/Hautala (arrêt du 6 décembre 2001, C-359/99 P, Rec. p. I-9565), que «la charte devrait constituer un instrument privilégié servant à l'identification des droits fondamentaux» (point 83), parce qu'elle proclame des valeurs qui «ont en commun d'être unanimement partagées par les États membres [...]. La charte a indéniablement placé les droits qui en font l'objet au plus haut niveau des valeurs communes aux États membres» (point 80). Dans les conclusions que j'ai présentées le 4 décembre 2001 dans l'affaire Überseering (arrêt du 5 novembre 2002, C-208/00, Rec. p. I-9915), j'ai moi-même posé en prémisse que la charte «sans faire partie du *ius cogens* à proprement parler, du fait qu'elle est dénuée de 'valeur contraignante autonome', reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les États membres, dont émanent à leur tour les principes généraux du droit communautaire» (point 59). D'autres avocats généraux ont suivi la même voie.

78 — Dans l'arrêt qu'il a rendu le 30 janvier 2002 dans l'affaire max.mobil/Commission (T-54/99, Rec. p. II-313), le Tribunal a appliqué l'article 47 de la charte par une voie détournée et expliqué que le contrôle juridictionnel de l'activité de la Commission et, partant, le droit à une protection judiciaire effective font partie des «principes généraux de l'État de droit, communs aux traditions constitutionnelles des États membres» (point 57). Il a statué dans le même sens dans les arrêts du 3 mai 2002, Jégo-Quéré/Commission (T-177/01, Rec. p. II-2365, points 42 et 47); du 15 janvier 2003, Philip Morris International e.a./Commission (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, Rec. p. II-1, point 122), et du 5 août 2003, P & O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya/Commission (T-116/01 et T-118/01, Rec. p. II-2957).

79 — Dans son arrêt du 23 octobre 2003, RTL Television (C-245/01, Rec. p. I-12489), elle s'est référée de manière rhétorique à l'article 11, paragraphe 2, de la charte lorsqu'elle a consacré la liberté d'opinion (point 38). Elle a fait une allusion tout aussi stylistique à l'article 17 de la charte dans l'arrêt qu'elle a rendu le 12 mai 2005 dans l'affaire Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA (C-347/03, Rec. p. I-3785, point 118).

80 — Arrêt du 27 juin 2006 (C-540/03, Rec. p. I-5769).

par la nature même de son contenu, elle est susceptible d'avoir une incidence sur le cœur même de la liberté personnelle, qui présuppose toutes les autres.

80. Une plus grande ouverture permettra peut-être d'éviter la réédition des malentendus qui ont obscurci jadis les relations avec les instances nationales, peu convaincues de l'aptitude des institutions communautaires à protéger les droits fondamentaux [81].

81. Cette mission de protection est assumée à trois niveaux différents [82], à savoir le niveau national, celui du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne. Ces niveaux différents se développent néanmoins en partie simultanément et, ce qui est le plus important, sont pétris de valeurs identiques. Ils se croisent fréquemment et peuvent parfois se recouvrir, mais ne comportent aucun obstacle insurmontable si l'on respecte les compétences respectives avec la conviction que chacun exerce les siennes avec pleines et entières garanties pour le système de cohabitation. Le dialogue entre les interprètes constitutionnels suprêmes en Europe permet de cimenter un discours commun.

82. C'est ainsi que, dans l'affaire dont elle a été saisie, la Cour doit se conformer à l'esprit des articles 20 et 49 de la charte, qui proclament, respectivement, le principe de l'égalité devant la loi et le principe de la légalité des délits, principes largement reconnus dans les horizons constitutionnels des États membres. Si nécessaire, la Cour devra s'inspirer des jurisprudences nationales et des arrêts que la Cour européenne des droits de l'homme a rendus sur les articles 14 et 7 de la convention de Rome.

81 — Dans l'arrêt Solange I qu'il a rendu le 29 mai 1974 (2 BvL 52/71), le Bundesverfassungsgericht s'est gaussé de la capacité des institutions de la Communauté à protéger les droits fondamentaux et a confirmé sa compétence dans la mesure où la protection offerte par celles-ci ne serait pas équivalente à la protection garantie au plan national. Cet arrêt fit l'effet d'un véritable révulsif, qui se fit très vite sentir dans les pages du Recueil de la jurisprudence communautaire, à telle enseigne qu'en 1986, dans l'arrêt Solange II du 22 octobre de cette année (2 BvR 197/83), la juridiction constitutionnelle allemande a déclaré que les Communautés disposaient d'un système de protection comparable à celui qu'offrait la Constitution de Bonn et elle a annoncé qu'à l'avenir elle s'abstiendrait de contrôler les mesures du droit communautaire dérivé, même si les parties se prévalaient devant elle de leur incompatibilité avec les droits fondamentaux [Rodríguez Iglesias, G. C., et Woelker, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad (La Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986)», dans *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, volume 14/1987, nº 3, p. 667 à 685]. L'arrêt que le Trybunal Konstytucyjny a rendu le 11 mai 2005 à propos du traité d'adhésion de la République de Pologne (affaire K 18/04) se situe dans la même veine que la décision Solange II ainsi que l'arrêt plus récent de l'Ústavní soud tchèque du 8 mars 2006, que j'ai déjà cité. Néanmoins, je crains que l'arrêt du Bundesverfassungsgericht relatif à la loi allemande de mise en œuvre de la décision-cadre se sustente de cette vieille méfiance en réaction aux limitations du contrôle juridictionnel dans le troisième pilier (caractère dispositif du renvoi préjudiciel, restriction de la légitimation à engager un recours en annulation et inexistence d'un recours en manquement). Il ne laisse pas d'être paradoxal que, là où l'incidence de l'Union sur la sphère inviolable de la personne revêt la plus grande intensité, s'applique une certaine «restriction juridictionnelle», suivant l'expression utilisée par Alonso García, R., et Sarmiento Ramírez-Escudero, D., «Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión: ¿hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?», dans *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, janvier-mars 2003, p. 136.

82 — Capotosti, P. A., *Quelles perspectives pour les rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de justice des Communautés européennes?*, rapport présenté au colloque sur la coopération entre la Cour de justice et les juridictions, qui s'est tenu à Luxembourg le 3 décembre 2002 à l'occasion du 50e anniversaire de la Cour, y voit un «constitutionnalisme à niveaux multiples» (p. 6).

2. L'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre 2002/584 et le principe d'égalité

a) L'égalité devant la loi

83. La Cour d'arbitrage souhaite savoir si la disposition conformément à laquelle il n'est pas nécessaire, pour exécuter un mandat d'arrêt européen, de vérifier que les comportements visés à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre sont bien érigés en infraction dans les deux États membres concernés alors que l'exigence de la double incrimination s'applique aux autres infractions est compatible avec ce droit fondamental à l'égalité devant la loi.

84. Pour analyser ce sujet du renvoi, il convient d'étudier attentivement la structure de l'article 2 de la décision-cadre afin de dissiper l'équivoque qui se profile tant dans l'ordonnance elle-même que dans certaines observations qui ont été présentées dans cette procédure préjudicielle. Pour qu'un mandat d'arrêt européen puisse opérer, il suffit que le comportement incriminé soit passible d'une sanction d'une certaine durée dans l'État membre d'émission (paragraphe 1), bien que la remise puisse être subordonnée à la condition que les faits incriminés soient considérés comme une infraction dans l'État membre d'exécution (paragraphe 4). Cette possibilité n'existe cependant pas pour les 32 types de comportements énumérés au paragraphe 2 [83].

85. Par conséquent, il me paraît incorrect de prétendre qu'à l'exception des comportements visés à l'article 2, paragraphe 2, le système du mandat d'arrêt européen serait fondé sur le principe de la double incrimination. Au contraire, la seule condition est que les faits soient poursuivis dans l'État requérant bien que les États membres, lorsqu'ils transposent la décision-cadre [84], ou leurs juridictions, lorsqu'elles exécutent un mandat d'arrêt déterminé [85], puissent subordonner l'exécution du mandat à la condition que les faits poursuivis soient érigés en infraction par leur ordre juridique, faculté dont ils ne disposent pas en ce qui concerne les

83 — Le paragraphe 3 habilite le Conseil, statuant à l'unanimité, à allonger cette liste.

84 — Tel est le cas en Belgique, puisque l'article 5, paragraphe 1, de la loi du 19 décembre 2003, précitée, fait obstacle à l'exécution du mandat d'arrêt européen si les faits ne constituent pas une infraction pénale en droit belge.

85 — La loi espagnole nº 3/2003, déjà citée à la note 32, préfère cette solution et confie la décision entre les mains du juge [article 12, paragraphe 2, sous a), lu en combinaison avec l'article 9, paragraphe 2].

infractions énoncées au paragraphe 2 déjà plusieurs fois cité [86].

86. À ce carrefour, la question de la Cour d'arbitrage s'adresse à une instance incompétente, car le traitement inégal dénoncé n'est pas imputable au législateur de l'Union, mais à la réglementation nationale ou à la décision judiciaire nationale, suivant les cas, dont le contrôle ne relève pas de la compétence de la Cour.

87. S'il fallait comprendre que, d'une manière ou d'une autre, la cause lointaine de l'infraction plonge ses racines dans la décision-cadre en ce qu'elle instaure un régime différent selon la nature des faits, la question serait également dépourvue de consistance.

88. Formulé en ces termes, le doute se circonscrit à l'égalité abstraite devant la loi, l'application de celle-ci demeurant momentanément hors du débat, de même que l'interdiction de toute discrimination liée à des circonstances personnelles ou sociales [87].

89. La loi doit traiter les citoyens d'une manière égalitaire et s'interdire d'aborder des situations comparables de manière diffé-

86 — En réalité, ce n'est pas l'exigence de discrimination qui disparaît, mais bien l'obligation de la vérifier. En effet, par leur nature même, les infractions énumérées au paragraphe 2 sont poursuivies dans tous les États membres. C'est le cas notamment de l'homicide volontaire, des coups et blessures graves, de l'enlèvement, de la séquestration et de la prise d'otages, des vols organisés ou avec armes et du viol. Un autre problème, que j'aborderai ultérieurement, est celui du contenu que chaque système national donne à ces faits culpeux (points 96 et suiv.). De toute manière, la liste qui figure à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre énonce des comportements qui ont été harmonisés comme étant punissables ou qui sont en passe de l'être, et d'autres qui, incontestablement, sont passibles de sanctions dans le monde entier. Ainsi, la résolution du Conseil, du 21 décembre 1998, relative à la prévention de la criminalité organisée en vue de l'établissement d'une stratégie globale de lutte contre cette criminalité (JO C 408, p. 1), et la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, du 15 novembre 2000, avec ses protocoles additionnels. En ce qui concerne le terrorisme, on consultera la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, du 13 juin 2002 (JO L 164, p. 3), et, en ce qui concerne la traite des êtres humains, la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, du 19 juillet 2002 (JO L 203, p. 1). Pour ce qui est de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, la décision 2004/68/JAI du Conseil, du 22 décembre 2003 (JO 2004, L 13, p. 44). Quant au trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la convention des Nations unies du 20 décembre 1988. Sur la délinquance économique, la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, du 29 mai 2000, visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (JO L 140, p. 1), modifiée par la décision-cadre 2001/888/JAI du Conseil, du 6 décembre 2001 (JO L 329, p. 3); la décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil, du 28 mai 2001, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (JO L 149, p. 1), et la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil, du 26 juin 2001, concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JO L 182, p. 1). En ce qui concerne la corruption, la convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (JO 1997, C 195, p. 2) et la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé (JO L 192, p. 54). Pour ce qui est des délits informatiques, la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, du 24 février 2005, relative aux attaques visant les systèmes d'information (JO L 69, p. 67). Sur la protection pénale de l'environnement dans l'Union européenne, la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil, du 27 janvier 2003 (JO L 29, p. 55), annulée par la Cour par l'arrêt qu'elle a rendu le 13 septembre 2005 dans l'affaire Commission/Conseil (C-176/93, Rec. p. I-7879), au motif que la matière doit être réglée dans le pilier communautaire au moyen d'une directive. Sur la protection des victimes en cas d'immigration illégale, la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (JO L 328, p. 1). Enfin, en ce qui concerne le racisme et la xénophobie, l'action commune du 15 juillet 1996, déjà citée à la note 45.

87 — Dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la disposition pertinente serait l'article 20, aux termes duquel «toutes les personnes sont égales devant la loi». L'article 14 de la convention de Rome garantit l'égalité dans la jouissance des droits et libertés qu'elle énonce alors que le protocole nº 12, du 14 novembre 2000, qui est entré en vigueur le 1er avril 2005, inclut une interdiction générale de discrimination.

rente et de soumettre celles qui sont dissemblables à des régimes identiques. Le législateur dispose néanmoins d'un vaste éventail de configurations lui permettant de traiter différemment des situations semblables à condition de fournir une explication objective et prudente. La justification qu'il fournira ainsi présentera ces qualités si la finalité et les effets recherchés sont légitimes et s'il existe entre la première et les seconds un rapport de proportionnalité adéquat empêchant que des conséquences particulièrement graves ou démesurées puissent se produire [88].

90. Or, j'estime que les termes confrontés en l'espèce ne sont pas comparables. D'une part, c'est de faits qu'il s'agit et l'attention se porte non pas sur le statut personnel, mais sur la nature de la contravention, de sorte qu'il n'y a pas de discrimination subjective. D'autre part, il n'y a pas de comparaison, dans la perspective des poursuites pénales à engager contre eux, entre les individus qui se rendent coupables de divers comportements d'importance inégale et au caractère culpeux divers; les écarts de gravité entre les infractions empêchent d'assimiler leurs auteurs.

91. Mon opinion ne varie pas si, en évaluant les conséquences de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (détention, remise, procès pénal, exécution d'une sentence), on se rend compte que les personnes concernées se trouvent dans une position semblable, quelle que soit l'infraction qui est à l'origine de leur incarcération. La différence de traitement s'avère donc objective, raisonnable, équitable et proportionnée.

92. Elle est objective parce qu'elle répond à des critères autonomes, indépendants de l'individu, qui peuvent être mesurés au moyen de paramètres abstraits et généraux qui excluent toute volonté de sélectivité, à savoir la nature de la contravention et la peine qui s'y applique.

93. Elle est également raisonnable et justifiée parce qu'elle s'inscrit dans la poursuite d'un des objectifs de l'Union européenne: la lutte contre la criminalité dans un espace de sécurité, de justice et de liberté (article 2 UE, quatrième tiret, lu en combinaison avec l'article 29 UE). La liste qui figure à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre comporte des délits qui, comme le gouvernement espagnol l'a observé dans ses remarquables observations écrites (point 121), affectent gravement des biens juridiques nécessitant une protection particulière en Europe, la condition étant que ces délits soient passibles

88 — Arrêts du 19 octobre 1977, Ruckdeschel et Hansa-Lagerhaus Ströh (117/76 et 16/77, Rec. p. 1753, point 7); du 13 juin 1978, Denkavit Futtermittel (139/77, Rec. p. 1317, point 15), et du 14 avril 2005, Belgique/Commission (C-110/03, Rec. p. I-2801). Cour eur. D. H., arrêts Fretté c. France du 26 février 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I, § 34), et Pla et Puncernau c. Andorre du 19 juillet 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VIII, § 61). Arrêts du Tribunal Constitucional 75/1983 (supplément au BOE nº 197, du 18 août 1983, troisième motif); 46/1999 (supplément au BOE nº 100, du 27 avril 1999, deuxième motif) et 39/2002 (supplément au BOE nº 63, du 14 mars 2002, quatrième motif).

de peines d'une certaine intensité dans l'État d'émission du mandat d'arrêt [89]. Il s'agit de comportements pour lesquels il s'avère superflu de constater la double incrimination puisqu'ils sont réprouvés dans tous les États membres [90].

94. Pour terminer, la proportionnalité de la mesure est indiscutable puisque le régime distinct n'a pas d'autre portée que d'assurer la remise du poursuivi ou condamné pour délit grave aux autorités d'un système judiciaire assimilable à celui de l'État qui fait droit au mandat, système qui respecte les principes de l'État de droit et garantit à l'intéressé le respect de ses droits fondamentaux, y compris ceux dont il peut se prévaloir au cours de la procédure pénale.

b) L'égalité dans l'application de la loi

95. Je terminerai ce chapitre de mes conclusions à l'endroit où l'association demanderesse au principal entame ses observations et où elle évoque les hypothèses, authentiquement extravagantes [91], dans lesquelles un État membre livre un individu conformément à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre pour un comportement qui ne serait pas passible de poursuites sur son territoire [92]. Cette situation ne relève pas du principe d'égalité puisqu'il n'y a pas de discrimination à l'encontre de soi-même. Il faut rappeler qu'aux fins de l'application de ce principe, tout mandat d'arrêt européen délivré en vue de la détention d'une personne soupçonnée ou condamnée dans un pays de l'Union, pour une des infractions prévues à l'article 2, paragraphe 2, susmentionné et frappées d'une peine de la gravité requise par cette disposition, est exécuté abstraction faite des circonstances personnelles et sociales propres à cette personne.

96. Une autre dimension de ce grief s'est glissée dans la décision de renvoi et annonce

89 — Cette liste comprend les comportements culpeux expressément cités à l'article 29 UE, ceux qui sont soumis à la compétence d'Europol par l'annexe de l'acte du Conseil, du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (JO 1995, C 316, p. 1), ainsi que ceux qui font l'objet d'une obligation générale de poursuites en droit international.

90 — Certains auteurs estiment que l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre reflète le «consensus» des États membres en matière pénale (Von Bubnoff, E., «Institutionnelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU — Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungs- und Verfolgungsraum», dans *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2002, p. 226; Combeaud, S., «Premier bilan du mandat d'arrêt européen», dans *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 495, 2006, p. 116, et Hecker, B., *Europäisches Strafrecht*, Berlin, 2005, p. 433).

91 — Il s'agit d'hypothèses extraordinaires parce que le double critère utilisé (à savoir la nature de l'infraction et l'importance de la peine) empêche normalement qu'un État membre doive exécuter un mandat d'arrêt pour un fait non passible de poursuites dans son ordre juridique. J'ai peine à imaginer un comportement qui serait passible d'une peine ou d'une mesure de sécurité d'un maximum de trois mois au moins dans un pays de l'Union alors qu'il serait licite dans un autre.

92 — Le gouvernement finlandais rappelle (point 49 de ses observations) que le principe de territorialité s'applique en matière pénale, de sorte qu'un citoyen étranger qui s'est rendu coupable d'un délit en Finlande ne peut échapper à sa responsabilité en alléguant du fait que le comportement dont il lui est fait grief n'est pas punissable dans son pays d'origine. En ce qui concerne l'exercice extraterritorial du *ius puniendi*, la décision-cadre (article 4, paragraphe 7) permet à un État membre de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen pour des faits commis, en tout ou en partie, sur un territoire relevant de sa juridiction, voire en dehors de celui-ci, s'ils ne sont passibles d'aucune peine conformément à sa législation.

un risque d'interprétation discordante de l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre en raison de l'imprécision des définitions qu'il contient.

97. Si l'on pose la question en ces termes, il semble évident que cette contingence n'est pas susceptible de mettre en cause la correction de la norme, qui ne répond pas de futures et hypothétiques discriminations à l'occasion de son application. Est sous-jacente ici une confusion entre l'égalité dans la loi et celle qui opère au moment de son exécution. La première, qui a un caractère matériel et vise à garantir l'égalité de traitement des égaux, est rompue lorsque la norme, sans fondement rationnel, les soumet à des régimes dissemblables alors que la seconde, de nature formelle, est mise à mal lorsqu'un organe appelé à l'exécuter l'entend, dans une hypothèse singulière, autrement que comme elle l'a fait antérieurement dans des situations similaires. Il n'y a donc pas d'inégalité dans l'application de la loi lorsque les décisions divergentes procèdent de juridictions différentes agissant dans l'exercice légal de leur pouvoir de juger; l'égalité n'exige pas que des organes indépendants maintiennent une herméneutique coïncidente. Ce serait un sarcasme que de taxer une loi de discrimination parce qu'elle peut recevoir des exégèses différentes, susceptibles de s'unifier à travers les voies de recours pertinentes.

98. De toute manière, il faut attendre pour voir si les disharmonies annoncées se produisent en dépit des précautions que le système établit en vue de les éviter. La décision-cadre elle-même fournit des outils utiles en la matière puisqu'elle prévoit l'échange nécessaire d'informations et la consultation directe entre les juges impliqués [93]. De surcroît, si un doute persiste à propos du sens des notions utilisées à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre, la question préjudicielle de l'article 35 UE ouvre la voie idoine pour une compréhension uniforme dans le territoire de l'Union.

99. Le risque prophétisé, obstacle du manque d'harmonisation des droits pénaux nationaux, ne concerne pas le principe de l'égalité et se combine à l'exigence de certitudes dans les relations juridiques, en particulier dans celles qui s'établissent de manière coercitive entre les pouvoirs publics et les citoyens. Cette constatation m'amène à l'autre aspect de la deuxième question préjudicielle.

3. L'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre et le principe de la légalité pénale

100. Ce principe [94] exprimé dans l'adage latin *nullum crimen, nulla poena sine lege*

93 — L'article 8 de la décision-cadre énonce en détail les mentions qui doivent figurer sur le mandat d'arrêt et dispose que le formulaire requis pour celui-ci contient une rubrique e) destinée à la description des faits et à leur qualification juridique. Toute donnée qui pourrait intéresser le juge de l'État membre d'exécution doit pouvoir être obtenue par consultation directe des autorités de l'État membre d'émission.

94 — Rolland, P., *La Convention européenne des droits de l'homme (commentaire article par article)*, édition Economica, deuxième édition, Paris, 1999, p. 293, l'a qualifié de fondement de la civilisation juridique européenne.

et concrétisé à l'article 7, paragraphe 1, de la convention de Rome ainsi qu'à l'article 49, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comporte, selon la formulation déjà classique du Tribunal Constitucional [95], une double garantie: la première, d'ordre matériel et à portée absolue, se traduit dans l'exigence impérative de prédétermination des comportements illicites et des sanctions qui s'y appliquent; la seconde, à caractère formel, concerne le rang des normes qui codifient ces comportements et règle les peines, normes qui, dans le système espagnol [96] comme dans la majorité des systèmes des États membres, sont équipollentes à la loi, adoptées par le pouvoir législatif, dépositaire de la souveraineté populaire.

101. Se faisant l'écho de la thèse de l'association demanderesse au principal, la Cour d'arbitrage souhaite tirer au clair la question de savoir si, eu égard à sa formulation vague et à son imprécision, la liste de comportements qui figure à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre est conforme à la garantie matérielle.

102. Cette garantie est le reflet de la sécurité juridique dans le domaine pénal [97] et revêt une importance plus grande en ce qu'elle affecte des valeurs fondamentales telles que la liberté personnelle. Elle vise à ce que les citoyens connaissent à l'avance les comportements dont ils doivent s'abstenir et les conséquences qu'ils encoureraient s'ils s'en rendaient coupables (*lex previa*) [98], ce qui implique que les comportements délictueux soient définis de manière stricte et sans ambiguïté (*lex certa*), de manière à ce que les citoyens puissent, en se basant sur leur définition et, au besoin, avec l'aide des juridictions [99], connaître, avec un degré de

95 — Arrêts 42/1987 (supplément au BOE n° 107, du 5 mai 1987, deuxième motif), 22/1990 (supplément au BOE n° 53, du 2 mars 1990, septième motif) et 276/2000 (supplément au BOE n° 299, du 14 décembre 2000, sixième motif).

96 — Le principe de légalité s'est forgé dans les domaines «pénal» et «répressif» au cours du bas Moyen Âge afin de limiter les prérogatives du souverain. En Espagne, les communautés, les bourgs et les cités subordonnaient le vote des contributions au Trésor de la couronne et la punition de certains comportements à l'approbation d'assemblées représentatives («cortes»). La maturation d'un «pactisme» entre monarchie et «société politique» qui a consolidé l'organisation politique en quatre états et entravé un plus ample développement de l'autorité royale est une constante dans la formation des royaumes de l'Espagne médiévale, même si elle peut présenter des différences et nuances importantes. En Aragon et en Navarre, les «cortes» ont conquis des pouvoirs de contrôle législatif et financier entre la fin du treizième et la moitié du quatorzième siècle (Ladero Quesada, M. A., «España: reinos y señoríos medievales», dans *España. Reflexiones sobre el ser de España*, Real Academia de la Historia, 2e édition, Madrid, 1998, p. 95 à 129). En Castille, cette institution, qui a connu son apogée aux quatorzième et quinzième siècles, est toujours demeurée plus en retrait et, même lorsqu'elle a joué un rôle primordial dans la vie politique, ses compétences étaient plus réduites (Valdeón, J., «Los reinos cristianos a fines de la Edad Media», dans *Historia de España*, éd. Historia 16, Madrid, 1986, p. 391 à 455, en particulier p. 414 à 423).

97 — L'avocat général Kokott s'est exprimée en termes semblables au point 41, *in fine*, des conclusions qu'elle a présentées dans l'affaire Pupino, précitée.

98 — Aux termes de l'arrêt X, déjà cité à la note 65, le principe de légalité «s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi» (point 25). Dans les conclusions que j'ai présentées dans cette affaire, j'ai déclaré que ce principe «confère la sécurité juridique à tout un chacun en lui garantissant que sa conduite ne fera l'objet de poursuites pénales que s'il a enfreint une réglementation nationale qui a préalablement défini cette conduite comme étant une infraction» (point 53).

99 — Et, même en ayant recours à des conseils juridiques appropriés (arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 219).

prévisibilité raisonnable, les actions ou omissions qui engagent leur responsabilité pénale, à l'exclusion des exégèses analogiques et extensives *in peius* ainsi que des applications rétroactives [100].

103. Le principe de légalité intervient donc dans le droit pénal matériel comme un mandat adressé au législateur lorsqu'il décrit les comportements culpeux et les peines et au juge lorsqu'il les analyse et applique la loi dans une procédure criminelle [101]. En d'autres termes, il se projette dans l'exercice du *ius puniendi* de l'État ou dans l'exécution de décisions avec un authentique sens répressif, de sorte que la décision-cadre ne saurait guère l'enfreindre puisqu'elle n'instaure aucune peine [102] et ne vise même pas à harmoniser les systèmes pénaux des États membres; elle se limite, en effet, à structurer un mécanisme d'entraide entre juges de différents pays dans une procédure lorsqu'il s'agit de déterminer qui a commis un délit ou lorsqu'il s'agit d'assurer l'exécution d'une condamnation. Cet instrument de coopération est assorti de certaines conditions puisque les peines ou les mesures susceptibles d'être infligées doivent présenter une certaine intensité et qu'il peut en outre être requis qu'elles soient codifiées dans l'État du juge qui apporte son concours «telles qu'elles sont définies dans la législation de l'État membre d'émission», sauf dans le cas des comportements culpeux visés à l'article 2, paragraphe 2.

104. Le droit pénal matériel de cet État membre d'émission doit donc présenter le caractère certain requis par ce principe et, partant, il faut exiger du législateur qu'il y veille ainsi que du juge appelé à engager les poursuites pénales et à y mettre un terme, au besoin, par une condamnation. Il est évident qu'un mandat d'arrêt européen correctement émis est fondé sur des faits légalement

100 — Voir Cour eur. D. H., arrêt Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993, 14307/77, A 260-4, § 52; S. W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, 20166/92, A 335-B, § 35, et du 22 mars 2001 (34044/96, 35532/97 et 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II, § 50, reconnaissent cette dimension du principe de la légalité pénale, tout comme le Tribunal Constitucional [par exemple, dans les arrêts 75/1984 (supplément au BOE nº 181, du 30 juillet 1984, cinquième motif) et 95/1992 (supplément au BOE nº 169, du 15 juillet 1992, troisième motif)].

101 — Le Tribunal Constitucional a estimé que cette garantie citoyenne exclut la création judiciaire du droit et les expressions imprévisibles, incompatibles avec la teneur des normes ou avec les valeurs que celles-ci visent à protéger [arrêt 25/1999 (supplément au BOE nº 89, du 14 avril 1989, troisième motif)], de sorte que toute interprétation d'un comportement pénalement qualifié doit respecter les termes de la loi, les règles axiologiques qui confirment l'ordre constitutionnel et les critères minimums imposés par la logique juridique ainsi que les modèles d'argumentation adoptés par la collectivité [arrêt 42/1999 (supplément au BOE nº 100, du 27 avril 1999, quatrième motif)].

102 — Suivant la doctrine, l'article 2, paragraphe 2, ne contient pas de qualifications pénales, puisque la liste qu'il contient ne comporte pas les éléments caractéristiques du comportement passible de poursuites (Flore, D., «Le mandat d'arrêt européen: première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la Justice pénale européenne», dans *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 276, et Unger, E. M., *Schutzlos ausgeliefert? — Der Europäische Haftbefehl*, Francfort sur le Main, 2005, p. 100). Même si d'aucuns soutenaient le contraire, il ne faut pas oublier que les décisions-cadres ne sortissent pas d'effets directs [article 32, paragraphe 2, sous b), UE], sans préjudice du principe conformément auquel le droit national doit être interprété de manière à garantir le plein effet du droit de l'Union, principe réaffirmé par la Cour dans l'arrêt Pupino déjà cité à plusieurs reprises (points 43 à 47). Dans cette hypothèse, il faudrait exiger que les normes internes qui transposent la décision-cadre soient conformes au principe de légalité.

considérés comme culpeux dans cet État. L'appareil pénal du pays d'exécution du mandat doit uniquement fournir la collaboration demandée et, si la législation de transposition de la décision-cadre le prévoit ainsi, il doit subordonner la remise à la condition que les comportements incriminés soient également pénalement définis dans sa propre législation, sous réserve de l'article 2, paragraphe 2, hypothèse dans laquelle il est lui aussi tenu de respecter le principe de légalité.

105. Indépendamment de ce qui précède, il faut ajouter que la détention et la mise à disposition opérées en exécution d'un mandat d'arrêt européen ne sont pas des sanctions. Le juge requis vérifie que les éléments lui permettant de livrer une personne qui se trouve sur le territoire de son ressort au juge qui a émis le mandat sont réunis, mais il doit s'interdire de connaître du fond au-delà de ce qu'exige la procédure de remise et s'abstenir d'évaluer les preuves et de se prononcer sur la culpabilité. La commission européenne des droits de l'homme en a d'ailleurs jugé ainsi à propos de l'extradition lorsqu'elle a décidé de l'exclure de la notion de condamnation qui figure à l'article 7 de la convention de Rome [103].

106. Ce n'est pas tant le principe de légalité pénale qui a inspiré sa question à la Cour d'arbitrage que la crainte que les notions figurant à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre se voient attribuer un sens différent dans chaque État membre, avec le risque d'applications divergentes. J'ai déjà évoqué cette éventualité, inhérente à la vocation de toute proposition normative, abstraite et générale, aux points 96 à 99 des présentes conclusions. Il ne me reste plus à présent qu'à ajouter que, si, après avoir eu recours aux moyens mis en place par la décision-cadre en vue de la solution des difficultés et avoir obtenu une interprétation uniforme par la voie préjudicielle, le juge chargé d'exécuter le mandat d'arrêt européen conçoit encore des doutes concernant la qualification juridique des faits sur lesquels il est fondé et concernant leur appartenance à un des trente-deux comportements énumérés à l'article 2, paragraphe 2, il doit s'autoriser des dispositions des paragraphes 1 et 4 de cet article 2.

107. En résumé, j'estime que l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre n'enfreint pas l'article 6, paragraphe 2, UE, puisqu'il est conforme aux principes d'égalité et de légalité pénale.

103 — Décisions du 6 juillet 1976, X contre Pays-Bas (affaire 7512/76, D. R. 6, p. 184); du 6 mars 1991, Polley contre Belgique (affaire 12192/86) et du 18 janvier 1996, Bakhtiar contre Suisse (affaire 27292/95). Le Tribunal Constitucional applique le même critère [arrêts 102/1997 (supplément au BOE nº 137, du 9 juin 1997, sixième motif) et 32/2003 (supplément au BOE nº 55, du 5 mars 2003, deuxième motif)].

VI — Conclusion

108. Eu égard aux considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles que la Cour d'arbitrage lui a adressées:

«1) La décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, n'enfreint pas l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE.

2) L'article 2, paragraphe 2, de cette décision-cadre, en tant qu'il supprime le contrôle de l'exigence de la double incrimination pour les infractions qui y sont mentionnées, n'enfreint pas le principe de légalité en matière pénale ni le principe d'égalité et, par conséquent, il est compatible avec l'article 6, paragraphe 2, UE.»